



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000368964

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500973-58.2024.8.26.0544, da Comarca de Cajamar, em que é apelante DANILO DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA ZOMER (Presidente) E ALBERTO ANDERSON FILHO.

São Paulo, 14 de abril de 2025.

FLAVIO FENOGLIO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

1ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal nº 1500973-58.2024.8.26.0544 — Cajamar

Apelantes: Danilo de Oliveira e Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelados: Danilo de Oliveira e Ministério Público do Estado de São Paulo

Juiz prolator: Dr. Marcelo Henrique Mariano

Voto nº 5.360

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO MINISTERIAL E DA DEFESA.

I. Caso em Exame

1. Apelações interpostas contra sentença que condenou o réu por tráfico de drogas, impondo pena de 1 ano e 8 meses de reclusão em regime aberto, além de 166 dias-multa. O Ministério Público busca aplicação de majorante e afastamento de privilégio, enquanto a defesa pleiteia pena mínima.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em: (i) analisar se a dosimetria da pena foi corretamente fixada (em especial quanto à possibilidade de aplicação da majorante do art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 e do afastamento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da mesma lei; (ii) analisar se é cabível o regime fechado; (iii) saber se é possível o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. Razões de Decidir

3. A sentença foi criteriosa ao avaliar os

elementos de convicção, conferindo solução justa ao caso.

4. A quantidade de droga apreendida justifica a pena-base exasperada, mas não há evidência de desproporcionalidade. A majorante do art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 foi afastada, pois a prisão ocorreu durante a madrugada, sem evidência de beneficiamento pela circulação de pessoas, conforme entendimento do STJ.

5. Considerando a primariedade do réu e o montante da pena, foi mantido o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, conforme art. 44, § 2º, do Código Penal.

IV. Dispositivo e Tese

6. Negado provimento aos recursos.

Tese de julgamento: 1. A aplicação da majorante do art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 não é cabível devido às circunstâncias fáticas. 2. O privilégio do § 4º do art. 33 é aplicável, considerando a primariedade e bons antecedentes do réu.

Legislação Citada:

Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º, art. 40, III; Código Penal, arts. 59, 68, 33, § 2º, "c", 44, § 2º, 48.

Jurisprudência Citada:

STJ, REsp nº 1.719.792/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 13/3/2018;

STJ, HC nº 451.260/ES, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 7/8/2018;
TJSP, Apelação Criminal nº 1502352-95.2023.8.26.0535, Rel. Desembargador Alberto Anderson Filho, DJe 20/08/2024.

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença de fls. 121/127, cujo relatório se adota, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal movida em face de **DANILO DE OLIVEIRA**, condenando-o por infração ao artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, impondo uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa no valor unitário mínimo.

O i. representante do **Ministério Público** pretende a aplicação da majorante prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, o afastamento do privilégio estampado no § 4º do artigo 33 do mesmo diploma legal, a fixação do regime inicial fechado e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 148/164).

O réu, **Danilo de Oliveira**, por sua vez, em suas razões (fls. 175/185), pleiteou, em síntese, a “*manutenção da r. Sentença de Primeiro Grau, pelos seus próprios fundamentos*”.

Regularmente processados, com o

oferecimento das contrarrazões (fls. 201/208 e 209/213), vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo não conhecimento do apelo defensivo e pelo provimento do apelo ministerial (fls. 229/237).

Considerando que o réu manifestou desejo de recorrer (fl. 171), em atenção ao duplo grau de jurisdição, o recurso defensivo deve ser conhecido.

É o relatório.

Muito embora o édito condenatório não tenha sido objeto específico de irresignação dos recorrentes, consigno que a condenação era mesmo de rigor e a sentença foi criteriosa ao avaliar os elementos de convicção e os contornos jurídicos do caso, conferindo à causa a solução mais adequada e justa.

Ao cabo da instrução processual, restou provado que o apelante praticou o delito que lhe foi atribuído. O boletim de ocorrência (fls. 05/08), auto de prisão em flagrante (fls. 01), o auto de exibição e apreensão (fls. 09/10), laudo preliminar de constatação (fls. 12/15), laudo definitivo (fls. 76/78), associados à prova oral colhida em juízo, provaram a materialidade e autoria da conduta penalmente típica que lhe foi atribuída, tanto que o mérito da r. sentença condenatória sequer foi objeto de impugnação.

Posto isto, passa-se diretamente à apreciação dos apelos, restritos exclusivamente à dosimetria da pena.

Nesse sentido, consigna-se que, desde que o magistrado não tenha se afastado dos limites da razoabilidade, deve-se prestigiar a pena imposta na sentença. Inclusive porque o juiz de primeiro grau, em razão do contato direto com as partes e, portanto, à proximidade com os fatos, encontra-se em posição privilegiada para estabelecer a pena mais adequada.

In casu, nota-se que as reprimendas foram bem fixadas pela r. sentença, em consonância com os critérios definidos em lei, em montante adequado para a reprovação e prevenção do crime, nos termos dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, e 42 da Lei nº 11.343/06, não merecendo reparo em seu *quantum*.

A pena-base foi exasperada em $\frac{1}{6}$ em decorrência da quantidade de droga apreendida (81 porções de cocaína, 60 porções de crack, 05 porções de maconha, 15 porções de “K2”). Verifica-se que o aumento está devidamente justificado, lastreado nas particularidades fáticas, e não há evidência de desproporcionalidade.

A seguir, diante do reconhecimento da

atenuante relativa à confissão, correta a redução em 1/6, retornando as penas ao mínimo legal - 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na sequência, foi afastada a causa de aumento prevista no artigo 40, III, da Lei nº 11.343/2006, nos seguintes fundamentos:

“Na terceira fase, não há que falar na incidência da causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

De acordo com o STJ: “a razão de ser da norma é punir de forma mais severa quem, por traficar nas dependências ou na proximidade de estabelecimento de ensino, tem maior proveito na difusão e no comércio de drogas em região de grande circulação de pessoas, expondo os frequentadores do local a um risco inerente à atividade criminosa da narcotraficância” (REsp 1719792/MG).

No entanto, a prisão ocorreu durante a madrugada, a reforçar a constatação acerca da inexistência de beneficiamento pela circulação de pessoas.

Por todos: “não ficou evidenciado nenhum benefício advindo ao paciente com a prática do delito nas proximidades ou nas imediações de estabelecimento de ensino o ilícito foi perpetrado, tão somente, em um domingo, de madrugada e se também não houve uma maximização do risco exposto àqueles que frequentam a escola (alunos, pais, professores, funcionários em geral), deve, excepcionalmente, em razão das peculiaridades do caso concreto, ser afastada a incidência da referida majorante” (STJ, HC n. 451.260)” (fls. 124/125).

Destarte, não se vislumbra o alegado desacerto no afastamento realizado pelo douto Magistrado, consistente em considerar as circunstâncias fáticas e

excepcionalmente, em razão das peculiaridades do caso concreto, afastar a incidência da referida majorante.

Nesse sentido (**AgRg no HC nº 648.342/DF**, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 28/11/2022; **AgRg no AREsp nº 2.091.852/DF**, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª REGIÃO), Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022; **HC nº 451.260/ES**, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/8/2018, DJe de 21/8/2018), **REsp nº 1.719.792/MG**, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/3/2018, DJe de 26/3/2018).

Na derradeira etapa, verifica-se que foi aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, nos seguintes termos:

“Na terceira fase, preenchidos os requisitos do art. 33, § 4, da Lei n. 11.343/2006, ambos os acusados fazem jus ao privilégio legal. O dispositivo prevê que faz jus à benesse o agente que “seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

No caso, ambos os acusados são tecnicamente primários, sem indícios concretos que permitam concluir pela dedicação ao tráfico de drogas, conclusão não extraída da quantidade apreendida (cerca de 70 drogas).

A incidência da redutora na proporção máxima (2/3) constitui direito subjetivo: “A aplicação da minorante do tráfico não fica condicionada ao disposto no art. 42, da Lei de Drogas. Trata-se de direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena” (AgRg no REsp 1902218/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021)”.

Desta forma, as penas são fixadas em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a serem cumpridas em regime inicial aberto (art. 33, § 2º, "c", do CP), e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, com valor unitário fixado no mínimo legal (art. 49, § 1º, do CP)" (fl. 125).

Observa-se que a fundamentação está lastreada em elementos do caso concreto e que foram preenchidos todos os requisitos legais, quais sejam, a primariedade, os bons antecedentes e a ausência de provas de que integre organização criminosa ou se dedique a atividades ilícitas.

Ademais, a **quantidade** de estupefacientes não é exorbitante (81 porções de cocaína, 60 porções de crack, 05 porções de maconha, 15 porções de "K2"); não houve apreensão de petrechos comumente utilizados para a embalagem de entorpecentes, tais como balança de precisão, *ependorfs* vazios e caderno contendo contabilidade do tráfico, nem há provas de que **Danilo** faça do crime seu meio de vida.

Muito embora constem aparentes indícios, não há comprovação efetiva nos autos de que se trata de traficante habitual e que se dedicava a atividades criminosas.

À vista disso, verifica-se, por ora, que o réu preenche os requisitos previstos no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que é primário (conforme certidão de fl. 81), além de não haver nos autos provas de que se dediquem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

No mesmo sentido, assim já julgou esta
Colenda 1ª Câmara de Direito Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS (E RESISTÊNCIA) CONDENÇÃO RECURSO DAS DEFESAS MATERIALIDADE E AUTORIA PROVADAS PARA O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS DEPOIMENTOS COESOS DAS TESTEMUNHAS VERSÃO DOS APELANTES ISOLADAS NOS AUTOS CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS [...] PENAS REVISTAS PARA O TRÁFICO DE DROGAS APLICADO O REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LD PARA O TRÁFICO DE DROGAS COM MODULAÇÃO EM 2/3 FIXADO O REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS”.
Apelação Criminal nº 1502352-95.2023.8.26.0535. Rel. Desembargador Alberto Anderson Filho. DJe 20/08/2024.

“DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS DEFENSIVOS. I. Caso em Exame 1. Os réus foram condenados como incurso no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, e apelaram pleiteando a reversão da condenação, ou, ao menos, o reconhecimento do redutor do tráfico privilegiado e a atenuação das penas. LUCAS também sustentou, preliminarmente, a inépcia da denúncia. [...] Reconhecido o redutor do tráfico privilegiado em razão da primariedade e dos bons antecedentes dos réus, quanto aos quais não foi comprovada dedicação a atividades criminosas. Penas reduzidas. IV. Dispositivo e Tese 6. Parcial provimento dos apelos defensivos para reduzir a pena de cada réu a 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime aberto, e 250 dias-multa, substituída a sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. [...] Aplicação do redutor do tráfico privilegiado é cabível em razão da primariedade e bons antecedentes dos réus, quanto aos quais não foi comprovada a dedicação a atividades criminosas. Legislação Citada: Lei 11.343/2006, art. 33, caput, § 4º.

Código Penal, art. 65, III, 'd'. Súmula 231 do STJ. Súmula Vinculante nº 59. Jurisprudência Citada: STJ, HC 284.904/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 14/10/2014. STJ, AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 1533480/RR, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, j. 29/11/2017. STJ, REsp n. 1.972.098/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 14/6/2022". (Apelação Criminal 1501165-88.2024.8.26.0544; Rel. Desembargador Diniz Fernando; 1ª Câmara de Direito Criminal; DJe 06/03/2025)

"(...) Na etapa seguinte do cálculo, em que pese o respeito aos argumentos adotados na sentença, que ao reconhecer o tráfico privilegiado aplicou redutor de um sexto, era cabível a redução máxima de dois terços prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pois o réu é primário e não há prova segura de que integrasse organização criminosa ou se dedicasse com habitualidade a essa atividade delituosa". Acórdão sem ementa. Apelação Criminal nº 1500513-24.2021.8.26.0238. Rel. Desembargador Mário Devienne Ferraz. DJe 20/08/2024.

"TRÁFICO DE DROGAS EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. Materialidade e autoria demonstradas. Palavra da testemunha de acusação e confissão judicial da ré MAYARA. Conjunto probatório firme e coeso. Condenações mantidas. Pena de VICTOR inalterada. Pena de MAYARA reduzida pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Fixação do regime aberto à ré e substituição da sua pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Apelo de VICTOR desprovido e apelo de MAYARA". Apelação Criminal nº 1500823-59.2022.8.26.0411. Rel. Desembargador Diniz Fernando. DJe 19/06/2024.

"APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE ENTORPECENTES AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS CONDENAÇÃO MANTIDA READEQUAÇÃO DA PENA - REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO E RECURSO DA DEFESA PROVIDO EM PARTE"; trecho do voto "[...] entendo que a

redução deva ser na fração máxima, isso porque a quantidade de droga não é elevada e, embora sejam maconha e cocaína, esta última bastante prejudicial à saúde, são os entorpecentes mais comuns e usuais, assim, como o crack". (TJSP; Apelação Criminal 1503467-54.2023.8.26.0535; Rel. Desembargador Alberto Anderson Filho; 1ª Câmara de Direito Criminal, DJe 28/11/2024)

No que tange à **fração do redutor**, destaca-se que no julgamento do Tema 712 de repercussão geral (ARE nº 666334/AM submetido ao regime de Repercussão Geral), o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese:

“As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena”.

Nesse sentido, é importante destacar que a Terceira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça fixou a tese de que **é possível a valoração da quantidade e natureza da droga apreendida**, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, **desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena** (STJ, HC nº 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 27/4/2022 - g.n).

Logo, **“É vedado o bis in idem na**

valoração simultânea da quantidade e natureza dos entorpecentes para aumentar a pena-base e para modular a fração do redutor do tráfico privilegiado, conforme precedentes do STF e STJ (ARE 666.334/AM e AgRg no HC n. 921.385/MG)” HC n. 855.731/BA, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 10/12/2024, DJEN de 16/12/2024.

A corroborar esse entendimento, cite-se:
(AgRg no HC n. 871.062/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 28/2/2024; AgRg no HC n. 857.913/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/11/2023, DJe de 1/12/2023; AgRg no HC n. 843.862/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 5/10/2023; AgRg no AgRg no AREsp n. 2.221.963/RN, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/5/2023, DJe de 5/6/2023).

Diante disso, as penas foram corretamente diminuídas em $\frac{2}{3}$, atingindo **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão**, e ao pagamento de **166 (cento e sessenta e seis) dias-multa**, no mínimo legal.

Embora reconhecida a primariedade do réu, entendo que o regime inicial fechado mostra-se adequado, em razão da pena aplicada e da gravidade concreta do delito, evidenciada pela natureza e significativa quantidade da droga apreendida — fatores que ensejaram a valoração negativa das circunstâncias judiciais.

O tráfico de drogas, crime equiparado a hediondo, exige resposta penal mais severa, em consonância com diretrizes político-criminais nacionais e com os Tratados e Convenções Internacionais de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e ao crime organizado, dos quais o Brasil é signatário¹.

Ademais, a pena não se esgota em sua função pedagógica, mas também cumpre finalidade retributiva e preventiva, contribuindo para a proteção social.

Ressalvado meu ponto de vista, curvo-me ao posicionamento majoritário desta Colenda Turma, que afasta a fixação do regime mais gravoso com base exclusiva em circunstâncias judiciais desfavoráveis, quando se tratar de réu primário.

Assim, considerando o montante da pena e a primariedade, é possível a adoção do regime inicial aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, “c”, do Código Penal.

Cabível, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade, a teor do disposto no artigo 44, § 2º, do Código Penal, por duas restritivas de direitos, nos termos da r. sentença, consistentes em: (i) prestação de serviços à

¹ Tais como: Convenção Única sobre Entorpecentes (Decreto nº 54.216/64); Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Decreto nº 154/91), Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/04), entre outros.

comunidade, pelo prazo da pena, e (ii) imitação de final de semana, por igual período e nos moldes do art. 48 do Código Penal.

Visando conferir máxima concreção aos princípios da celeridade, economia e razoável duração do processo, consideram-se prequestionados neste grau de jurisdição, para o fim de viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores, os dispositivos legais e ou constitucionais citados nesta decisão, independentemente de sua transcrição literal.

Diante do exposto, **nega-se provimento** aos recursos.

Flavio Fenoglio

Relator